

DO ÔNUS DA PROVA AO DEVER DE COOPERAÇÃO NA ELUCIDAÇÃO DOS FATOS: DESAFIOS PROBATÓRIOS DO PROCESSO ESTRUTURAL

**FROM THE BURDEN OF PROOF TO THE DUTY TO COOPERATE IN THE
ELUCIDATION OF FACTS: EVIDENTIAL CHALLENGES OF THE STRUCTURAL
PROCESS**

Ciências Sociais Aplicadas • 13/08/2026

REGISTRO DOI: [10.70773/revistatopicos/786589566](https://doi.org/10.70773/revistatopicos/786589566)

Francisco Jorge Gemaque Coimbra¹

RESUMO

O presente artigo aborda a temática da crise da teoria do ônus da prova na perspectiva do modelo de processo justo de matriz constitucional. A hipótese eleita aponta para a inadequação da regra do ônus enquanto critério de orientação às partes e regra de julgamento com vistas a uma acurada instrução probatória que satisfaça minimamente o anseio de uma decisão justa. Intenta, assim, demonstrar a inviabilidade da teoria do ônus para a obtenção da completude probatória, escopo de uma decisão justa, sobretudo em litígios estruturais. Por meio de pesquisa bibliográfica, sob o método indutivo, esforça-se por evidenciar que a noção de dever guarda maior pertinência com a perspectiva de uma acurada investigação dos fatos. A partir dessa categoria, intenta apresentar a pertinência de um dever de prova, correlato ao direito fundamental à prova, aliado ao dever de cooperação probatória enquanto técnicas aptas a conferir mais amplo exaurimento à cognição e maior completude de material probatório em litígios complexos de tipos coletivo e estrutural.

Palavras-chave: prova; ônus; dever; cooperação; estrutural.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of the crisis of the burden of proof theory from the perspective of the fair process model of constitutional source. The chosen hypothesis points to the inadequacy of the burden rule as a criterion for guiding the parties and as judgment rule towards an accurate probatory instruction that minimally satisfies the desire for a fair decision. It attempts to demonstrate the infeasibility of the burden theory for obtaining the probatory completeness, which is the scope of a fair decision, especially in structural litigation. Through bibliographical research, using the inductive method, an effort is made to demonstrate that

the notion of duty fits better with the perspective of an accurate investigation of the facts. From this category, it attempts to present the relevance of a duty of proof correlated to the fundamental right to proof and also combined with the duty of probatory cooperation as techniques capable of providing wider exhaustion to cognition and wider completeness of probatory material in complex litigations, whether collective or structural.

Keywords: proof; burden; duty; cooperation; structural.

1. INTRODUÇÃO

A partir da primeira metade do século XX, afirmou-se entre nós a doutrina processualística do ônus da prova, cuja visão impregnou o ordenamento processual brasileiro, atribuindo ao princípio do ônus da prova a regência da dinâmica probatória no processo civil.

Essa doutrina, cujo paradigma teórico está diretamente ligado a uma visão privatista do processo, tende a interpretar as categorias processuais em geral e a atividade probatória, de modo particular, a partir da incidência do princípio dispositivo, por entender o processo como “coisa das partes” e as provas, como instrumento de convencimento do juiz, postas à livre disposição dos litigantes.

Assim, incumbiria às partes a escolha de quais provas seriam de seu interesse produzir, restando ao juiz apenas se debruçar sobre o material probatório resultante da atividade probatória das partes e julgar a lide em prejuízo daquela parte cujas provas se mostrassem insuficientes (Ramos, 2022).

A teoria do ônus da prova adviria exatamente da noção de que, sendo a atividade probatória obra privada das partes, nenhuma iniciativa probatória deveria ser delegada ao juiz, até porque a

verdade fixada no processo nada teria a ver com a verdade dos fatos da natureza ou da realidade socialmente construída. No que se refere à completude do material probatório, entendia-se que “onerando-se adequadamente cada uma delas (partes), seria possível convencê-las, ou estimulá-las a levar as provas a juízo” (Ramos, 2022, p. 106).

Acontece que, embora a teoria do ônus da prova ainda remanesça hegemônica no contexto do ordenamento processual, tal visão tem sofrido revezes e relativizações ao longo do tempo, graças à afirmação de uma visão mais publicística do processo, mas, sobretudo, em decorrência da compreensão do processo como instrumento de uma jurisdição mais atenta com os valores constitucionais, dentre os quais, o de processo justo, em que “os direitos fundamentais passam a ser o centro gravitacional da interpretação das normas processuais civis” (Vitorelli; Osna, 2023, p. 88).

Com efeito, a compreensão de que o processo “é um mecanismo para realizar e maximizar direitos fundamentais” (Vitorelli et al., p. 88) põe em xeque a noção do ônus da prova, na medida em que o resultado da atividade jurisdicional deixa de interessar somente às partes litigantes, norteador a própria atividade do juiz, cuja atuação deve primar por uma decisão justa, que pressupõe um adequado acerto dos fatos.

Ocorre que, à luz da nova visão processual, a teoria do ônus da prova se mostra inadequada e imprópria para promover uma maior completude probatória apta a favorecer uma razoável reconstrução dos fatos na lide, até porque não há “qualquer contradição entre os poderes probatórios das partes e os do(a) juiz(a), visto que todos

podem e devem contribuir para a formação do material probatório” (Ramos, p. 110).

Além do mais, a noção de “ônus”, natureza jurídica atribuída à atividade probatória das partes, não se mostra adequada para reger a participação dos litigantes no processo. Cumpre que se distinga, à luz da teoria do direito, entre as categorias de “ônus” e “dever”. A primeira confere ao litigante “duas escolhas lícitas e legítimas: entre produzir a prova, ou não produzir a prova, correndo o risco de sucumbir” (Ramos, p. 114).

Pelo ônus, a parte pode, legitimamente, optar por omitir-se a produzir determinada prova da qual possui plenas condições de se desincumbir, orientando sua escolha de acordo com seu interesse ou conveniência no processo, no que, inclusive, pode agir cotejando dentre as condutas possíveis aquela que lhe traga maior benefício ou menor prejuízo.

Essa escolha não existiria, se de dever jurídico se tratasse, na medida em que perante um dever imposto por uma regra jurídica não cabe à parte a possibilidade de escolha, constituindo-se em ilícito qualquer conduta que não obedeça aos ditames da regra. As consequências para o descumprimento do dever, inclusive, vão além das sanções contidas na própria regra impositiva, vez que ensejam a mobilização de medidas coercitivas próprias do ordenamento para impor sua vontade (Ramos, p. 96).

Em outras palavras, à guisa de exemplo, diante do dever imposto a uma parte de apresentar ou produzir determinada prova, não lhe é dado avaliar a conveniência em produzi-la e sua omissão implica na inobservância de um dever, ilícito que, além de lhe trazer sanções

processuais graves, também pode resultar em medidas coercitivas que impliquem na produção da prova objeto do dever.

Ora, o dever de colaboração e de cooperação das partes no processo é imperativo que encontra respaldo no art. 6º do CPC, segundo o qual, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Decerto que, à luz do quanto já se afirmou acima, constitui-se em componente impostergável de uma decisão justa o adequado acerto dos fatos, posto que não se mostra admissível uma decisão que se pretenda justa mas que se revele alheia ou alienada da verdade dos fatos que se verificaram na vida real. Portanto, o desiderato de se alcançar uma decisão justa implica no dever de colaboração das partes com o fito da completude probatória.

No entanto, a preponderância da regência da noção do ônus da prova, consagrada em diversos dispositivos do CPC — dentre os quais, por todos, o previsto no seu art. 373 —, mesmo em sua versão dinâmica conforme previsto no § 1º, tem fomentado certa banalização da função probatória em prejuízo de uma acurada averiguação dos fatos, privilegiando uma verdade processual — dita formal — de caráter meramente utilitário para uso do processo e sem compromisso com a verdade.

Essa realidade, que para o processo civil de feição individual clássica já se mostra indesejável, revela-se extremamente nefasta e inservível para o processo estrutural, que tem por essência a verificação de um litígio de ordem estrutural, para cuja compreensão se impõe o conhecimento “de um padrão de conduta que denote a violação a

direitos como um problema disseminado, recorrente, inerente ao funcionamento da própria estrutura” (Vitorelli, 2022, p. 391).

Vale dizer, a natureza estrutural dos litígios que caracterizam o processo estrutural reclama maior rigor na investigação da realidade e na averiguação dos fatos que compõem a lide, mesmo porque, não raro, estão em jogo questões superlativas da vida em sociedade cuja elucidação não prescindem de uma correta instrução probatória, para o que se apresenta imprestável o modelo instrutório baseado na noção de ônus da prova.

A pesquisa que ora se propõe, portanto, mostra-se relevante pela essencialidade que o tema da prova ostenta no processo, em particular no processo estrutural, cuja construção doutrinária ainda incipiente se ressentir de formulações mais adequadas, dada sua expressiva diferença para com o processo civil individual de feição clássica.

2. A IMPORTÂNCIA DE UMA ACURADA E EFICIENTE PRODUÇÃO PROBATÓRIA PARA UM ADEQUADO EQUACIONAMENTO DE DEMANDAS ESTRUTURAIS.

No contexto do Estado Democrático de Direito, não há como se dissociarem as ideias de verdade e justiça enquanto valores fundamentais umbilicalmente ligados entre si. É que, a administração da justiça — a cargo do Poder Judiciário —, porquanto importantíssima atividade do Estado e relevante setor da vida social, não poderia deixar de se pautar pela promoção desse valor — a verdade —, mesmo porque toda atividade pública lastreada no erro e orientada pela inverdade se evidencia como contrária à democracia (Taruffo, 2016).

Com efeito, a prestação de jurisdição no contexto das sociedades democráticas tem no valor verdade um vetor ético, na medida em que, como ensina TARUFFO, “no processo os fatos determinam a interpretação da norma e a aplicação do direito enquanto a verificação da verdade dos fatos é condição necessária para a justiça da decisão” (2013, p. 35).

Por sua vez, a decisão justa, corolário do processo justo, perfaz-se a partir da confluência de três critérios inafastáveis: a correta escolha e interpretação da norma jurídica melhor aplicável ao caso; o adequado emprego do procedimento legal válido para a obtenção da decisão; e o acurado acerto dos fatos relevantes da causa (Taruffo, 2002).

Nesse contexto, a justiça da decisão final da causa está diretamente jungida — a par dos demais fatores mencionados — à percuciente investigação e elucidação dos fatos relevantes que se encontrem na base da controvérsia apresentada ao Poder Judiciário. Essa assertiva é verdadeira no que se refere ao processo civil de feição clássica em sua configuração individual, e é ainda mais pertinente quando se relaciona ao processo coletivo de um modo geral e às demandas estruturais de um modo particular.

Para uma adequada delimitação desse conceito, de acordo com VITORELLI,

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. (2022, p. 69)

Dentre as características peculiares à categoria dos processos estruturais, elencam-se a prospectividade, na medida em que a solução dessa demanda deve ter em perspectiva o futuro, já que se destina a alterar o mau funcionamento de uma entidade; a complexidade, pois as soluções não se apresentam lineares e tampouco se mostram previsíveis suas consequências; e a multipolaridade (policentricidade), haja vista que, no mais das vezes, tais demandas envolvem uma diversidade de interesses que extrapolam a tradicional bipolaridade do processo individual, constituindo-se de pontos de vistas múltiplos (Arenhart; Osna; e Jobim, 2022).

No que concerne à prova, o caráter prospectivo do processo estrutural induz à necessidade de se por em perspectiva a solução futura dos problemas estruturais de mau funcionamento de órgãos, entidades, políticas públicas, programas ou planos de ação governamental, para o que, de fato, são inservíveis os modelos tradicionais de meios de prova, haja vista que a tutela voltada para o futuro se insere no terreno dos “juízos de probabilidade” (Arenhart et al, 2022).

Nessa ordem de ideias, mostram-se mais pertinentes e adequadas as provas estatísticas e indiciárias, espécies que embora longe estejam de satisfazer a um juízo de certeza, são as que melhor contemplam os critérios probabilísticos exigidos pela natureza do litígio (Arenhart et al).

Enfatizar a prospectividade da prova nos litígios estruturais, no entanto, não significa exaurir nisso a finalidade da prova, como se os fatos pretéridos verificados na realidade empírica deixassem de ter importância para a prestação da jurisdição nessa espécie de demanda.

Não raro se apresentam hipóteses de litígios estruturais que têm em suas raízes eventos catastróficos e danosos³ cuja elucidação demanda uma percuciente investigação dos fatos que se sucederam no mundo fenomênico. Em situações desse jaez, cumpre que se promova no processo uma diligente investigação dos fatos pretéritos e isso se faz necessário não apenas porque se imponha o adequado acerto das responsabilidades pelos danos provocados, mas sobretudo porque uma esmerada instrução probatória tem o propósito de identificar as origens das falhas e negligências de funcionamento que deram causa aos desastres ambientais ou de qualquer natureza, a fim de que se previnam repetições futuras.

A complexidade pela qual se caracteriza o processo estrutural está em que os problemas complexos que lhe constituem o objeto não são equacionáveis de modo linear e previsível. Quer dizer, as possíveis intervenções levadas a efeito para enfrentar problemas dessa natureza não operam com a linearidade típica de uma relação causal-consequencial, tampouco proporcionam qualquer

previsibilidade que permita dar garantias de êxitos e soluções (Arenhart et al.).

Embora a complexidade em questão não se refira ao grau de dificuldade no acerto dos fatos que estão na base dos problemas estruturais, não se pode pensar que o acurado conhecimento desses fatos possa ser negligenciado, sob pena de não se ter uma adequada compreensão da extensão e gravidade desses problemas.

Por outras palavras, a complexidade das soluções que as decisões buscam conferir aos problemas estruturais pressupõe um maior rigor no conhecimento dos fatos componentes do problema objeto do litígio, mesmo porque não se mostra razoável supor que a adoção de medidas políticas assertivas para equacionamento do defeito de funcionamento possa prescindir do percutiente acerto dos fatos que lhe servem de base.

A multipolaridade é um modo de ser típico do processo estrutural que implica na superação da clássica bipolaridade tão característica dos modelos inspirados no sistema adversarial, na medida em que não raro tem por objeto um problema cuja solução repercute em interesses multifacetários, do que resultam “diversos pontos de vista distintos, cada qual com uma visão parcial sobre o problema e, provavelmente, uma proposta de solução também parcial” (Arenhart et al, 2022, p. 155).

Esse caráter multipolar e a parcialidade que lhe é inerente conferem à atividade instrutória a singularidade de que a prova não raro aporte ao processo de maneira fragmentária, impondo com isso ao juiz um papel mais ativo na condução da instrução probatória:

[A] fim de que a determinação dos fatos não se faça de maneira incompleta, é imprescindível a presença de um sujeito com visão imparcial (compreendida essa imparcialidade de modo consentâneo às considerações até aqui postas), que seja capaz de, exercendo ativa função instrutória, investigar fatos de modo completo e aprofundado. Considerando que esse papel não pode ser atribuído às partes do processo, tocará ao juiz essa função". (Arenhart et al, p. 155)

Assim, a exemplo das demais características do processo estrutural, a multipolaridade igualmente impacta de forma superlativa na atividade probatória, impondo maior acuidade e diligência na investigação dos fatos que se encontrem na base do problema estrutural, a fim de se promover um adequado e eficiente acerto dos fatos conforme a verdade empírica, haja vista que a solução dos complexos problemas da realidade emergente não se coaduna com uma noção formalista de verdade.

3. A INADEQUAÇÃO DA REGRA DO ÔNUS DA PROVA NOS PROCESSOS COLETIVOS E ESTRUTURAIS

Já se frisou, anteriormente, que a pouca consideração para com a reconstituição da verdade empírica no processo levou a doutrina processualística do século XX a teorizar sobre a existência de uma verdade formal, processual, jurídica, única supostamente possível de ser obtida no processo, já que o alcance da verdade real, material,

empírica era considerado inacessível e sem interesse para o processo civil (Ramos, 2022).

Nesse contexto, em que a fixação da verdade dos fatos era entendida como atribuição do juiz, a quem incumbia — a partir das provas angariadas nos autos — estabelecer a vontade da lei, na medida em que “‘a vontade da lei é *aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei*’, de modo a não haver diferença entre o que o ‘juiz afirma e aquilo *que poderia afirmar*’” (Ramos, 2022, p. 103), preponderava uma função retórico-persuasiva da prova, já que seu uso se destinava ao convencimento e à formação da convicção íntima do julgador.

Com isso, a questão da suficiência do material probatório não se punha, pois se a verdade dos fatos empíricos não interessava ao processo e se este construía sua própria verdade consensual para uso da lide, nenhum *standard* probatório se impunha ao julgador, que fixava os fatos independentemente da completude ou da escassez do acervo de provas.

Ilustra bem essa visão uma passagem de CHIOVENDA, segundo a qual, “na apuração domina de regra o princípio dispositivo: incumbe às partes propor as provas que creem oportunas. O magistrado julga com base nas provas produzidas: *pior para as partes se forem insuficientes*” (Ramos, p. 106).

Em suma, as ideias acerca da impropriedade da iniciativa probatória do juiz e do processo entendido como “coisa das partes”, do que resultava a livre disposição das partes no que se refere às provas, sem perder de vista a noção da pouca relevância atribuída à falta de completude do material probatório, constituíram as bases para a

afirmação da teoria do ônus da prova, cujo advento está diretamente ligado a uma fase de preponderância do princípio dispositivo.

Decerto que, a regra do ônus da prova surgiu sob a égide de uma determinada visão do processo caracterizado como algo posto à livre disposição das partes com vistas a realizar seus interesses, mas por se tratar de um “ônus” — que em sua acepção técnico-jurídica “è *una situazione giuridica soggettiva passiva che importa il sacrificio di un interesse al fine di ottenere o conservare un vantaggio giuridico*”⁴ (Del Giudice, 2014, p. 894) — não se constitui em qualquer sorte de estímulo para a participação probatória ativa das partes.

Com efeito, “*la legge condiziona, quindi, il soddisfacimento di un interesse del singolo ad un suo comportamento che, però, non costituisce un obbligo*”⁵ (Del Giudice, p. 894). Vale dizer, o ônus não implica obrigação ou dever, mais se caracterizando como uma escolha lícita posta à livre disposição da parte e da qual não advém consequência mais gravosa, ao contrário do que se verifica quando de um dever se trata.

De acordo com RAMOS,

A regra que atribui um ônus descreve um comportamento “apreciado”, mas não categoricamente exigido, ao passo que a que atribui um dever descreve um categoricamente desejado. Não por acaso, portanto, o descumprimento do comportamento (positivo ou negativo) previsto na regra que atribui o dever configura um ato/omissão contrário ao Direito, ao passo que com a regra que atribui o ônus isso não ocorre. (2022, p. 93.

Primeiramente, ao impor à parte um ônus — e não um dever — a regra não a obriga a adotar qualquer atitude voltada para um efetivo desempenho em termos de prova, senão que lhe concede uma livre escolha dentre duas possíveis situações: de um lado, a parte pode optar por fazer a prova dos fatos constitutivos do seu direito, ou dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito da parte adversa ou, simplesmente, omitir-se em provar algo e, assim, expor-se a uma possível e eventual — mas não necessariamente provável — consequência da ausência dessa prova.

A licitude dessa liberdade de escolha concedida à parte pela regra do ônus da prova lhe confere a possibilidade de cotejar e eleger, dentre as possíveis atitudes a adotar, aquela que melhor contemple seus interesses, sem qualquer desvantagem concreta, visto que o risco calculado da não produção da prova pode até nem se concretizar, embora, se adviesse, resultaria em prejuízo menor do que a própria exibição da prova.

Em segundo lugar, a regência do ônus da prova no processo é compatível com a escassez do material probatório disponibilizado, na medida em que não exige das partes nenhuma atitude proativa para terem uma decisão final que lhes favoreça, impondo ao juiz o julgamento conforme um *standard* probatório rebaixado não raro incoerente com a verdade dos fatos reais.

De fato, o julgamento sob o critério da preponderância de provas — que implica na adjudicação favorável àquela parte em prol de quem as poucas provas existentes nos autos sejam mais benéficas — não satisfaz a exigência de um processo justo porque resulta de uma decisão proferida sem a observância de uma esmerada instrução probatória e sem a adoção de um adequado acerto dos fatos.

Acresce-se que, a sobrepujança da regra do ônus da prova, para além da controvertida existência do seu aspecto subjetivo — segundo o qual, a regra imporia às partes o estímulo necessário para que essas aportassem ao processo as provas de que dispunham (Ramos, 2022) —, por seu aspecto objetivo — como regra de julgamento conferida ao juiz para o caso de remanescência de dúvida diante de um acervo limitado de provas — é refratária, ainda, à participação mais ativa e cooperativa do juiz na atividade instrutória, já que reserva para uma fase posterior à instrução da causa a apreciação da insuficiência probatória das partes pelo julgador.

Essa ordem de considerações que se fazem no que concerne à regra do ônus da prova afeta e compromete, sobremaneira, o caráter justo do processo na esfera civil em sua feição individual clássica, posto que — conforme demonstrado — fomenta o proferimento de decisões distanciadas da verdade, mas essa dissintonia é ainda mais

grave no que se refere ao processo coletivo e, particularmente, estrutural, em cujo contexto a adoção dessa regra suscita resultados potencialmente catastróficos.

Basta pensar que, no processo coletivo — a exemplo do que dispõem o art. 18 da Lei n. 4.717/65 (Ação Popular) e o art. 103, I, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) — as hipóteses de coisa julgada *secundum eventum probationis* não operam seus efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* em situações nas quais a sentença de improcedência da ação for proferida por insuficiência de provas.

A razão de ser dessa exceção legal, segundo ARENHART e OSNA, está em que

[A]o propiciar a revisão da decisão pela eventual insuficiência de provas a preocupação do legislador é assegurar que o julgamento do litígio coletivo ocorra de maneira plenária — com base em todo material probatório atinente ao conflito. Por força disso, apenas nessa circunstância haveria real estabilidade à autoridade da decisão (2019, p. 252)

Note-se que, sem embargo de que, na hipótese supracitada, trate-se de um outro parâmetro de *standard* probatório — distinto, portanto, da noção de preponderância de provas usualmente presente no ambiente comum de aplicação da regra do ônus da prova — há uma evidente preocupação do legislador com a completude probatória, o

que o afasta da aplicação da regra do ônus da prova, inservível nessas hipóteses ao processo coletivo.

No que concerne ao processo estrutural, por suas características e peculiaridades, tampouco se mostra adequada e suficiente a construção de um acervo probatório baseado no emprego da regra do ônus da prova. Em termos de prospectividade, há um expressivo descompasso entre o recurso ao julgamento com base na verossimilhança, não raro manejado nas hipóteses de escassez de material probatório, e a demanda por maior rigor na prova voltada para a adequação futura das políticas públicas, planos de ação e programas de intervenção judicial, para os quais o padrão de probabilidades usual das provas estatísticas e indiciárias se mostra mais pertinente.

Como já se destacou, o traço de complexidade que singulariza os litígios do processo estrutural e que se traduz na ausência de linearidade e de previsibilidade das consequências das medidas interventivas pressupõe, no plano de produção probatória, um nível de cognição mais exauriente para a adequada compreensão dos fatos que se encontram na base dos problemas complexos, o que à necessidade de se contar com um ambiente de completude probatória inteiramente reverso ao que se têm sob a regência da regra do ônus da prova.

Por fim, a multipolaridade das demandas estruturais oriundas da diversidade de polos de interesse que compõem o litígio induz à fragmentariedade e à parcialidade das provas, impondo-se, assim, a necessidade de que o juiz cumpra um papel catalizador das provas, colaborando ativamente com as partes para a obtenção da completude do material probatório, a fim que — a exemplo do que

se dá no processo coletivo em geral — sejam aportadas à causam todas as provas necessárias para o adequado acerto dos fatos.

4. O DEVER DE COOPERAÇÃO EM MATÉRIA DE PROVA E O PROCESSO ESTRUTURAL

Demonstrada no tópico anterior a incompatibilidade do emprego da regra do ônus da prova na regência da instrução probatória de processos coletivos e, sobretudo, estruturais, cumpre agora repisar a importância da já apontada distinção entre as categorias do ônus e do dever para, a partir dessa premissa, identificar possíveis hipóteses de previsão do dever de provar já agasalhadas na legislação processual civil pátria.

Tal como o dever, o ônus é caracterizado como uma situação passiva subjetiva, embora menos gravosa que aquele. Entretanto, a própria regra que fixa o ônus já traz consigo a previsão da consequência para o não cumprimento de um comportamento apreciado, trata-se de uma escolha posta à livre disposição do indivíduo, que no exercício da sua opção não comete qualquer ilícito. Portanto, o sujeito onerado não é sancionado pela qualidade da sua escolha (Ramos, 2022).

Diversamente, o dever pressupõe a existência de uma regra impositiva de um comportamento categoricamente exigido do sujeito e cuja inobservância resulta, inapelavelmente, na aplicação de sanções, eis que o seu descumprimento se constitui em ato contrário ao Direito, não se admitindo ao sujeito, portanto, qualquer sorte de escolha, até mesmo porque o Direito não admite comportamentos outros senão aqueles prescritos por suas normas

imperativas, tanto que a resposta sancionatória ao sujeito da violação de um dever é dada por toda força coercitiva do sistema.

A distinção é de todo relevante na medida em que, conforme demonstrado, a regra do ônus — que há muito já não atende aos anseios de uma escorreita instrução probatória voltada para o acerto dos fatos na órbita do processo individual — tampouco satisfaz as exigências peculiares do modelo de processo estrutural, propriamente porque não representa um efetivo recurso de estímulo às partes com vistas à cooperação na busca da completude probatória ou até mesmo para o exaurimento de um *standard* probatório razoável, isso no contexto de litígios para os quais o adequado tratamento dos fatos não pode ser negligenciado.

No entanto, se por um lado a regra do ônus da prova consagrada no art. 373 do CPC — na sua versão estática tradicional — e em seu § 1º — na sua versão dinâmica — segue vigente e preponderante na regência da instrução probatória dos litígios individuais, a verdade é que o CPC 2015 traz consigo um inequívoco e autêntico dever de provar, além do consagrado dever de cooperação elegível para a matéria probatória. Com efeito, MARINONI e ARENHART defendem que

Qualquer pessoa que possa trazer elementos capazes de influenciar a decisão judicial tem o dever de aportá-los ao processo. Além disso, a parte e o terceiro — interessado ou não — estão submetidos ao poder judicial instrutório. Têm, em outras palavras, dever “passivo” de colaboração. (2018, p. 179).

Essa ideia da efetiva existência de um dever de provar é igualmente esposada, com maior clareza, em outra distinta passagem doutrinária, segundo a qual,

Enfim, parece indiscutível que, no campo da prova, o sistema processual nacional trabalha com a premissa de que haja um dever geral — imputável a todos⁶, e especialmente aos terceiros intervenientes e às partes — de colaboração e de produção de prova. Apenas em casos excepcionais, esse dever é afastado, e sempre em favor de outros interesses também fundamentais. (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2016, p. 263)

Decerto que, diversas cláusulas gerais e específicas trazidas pelo CPC 2015 denotam com evidência inequívoca esse dever. Assim, de acordo com o art. 378, “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Tal disposição é endereçada a todos os sujeitos do processo bem como ao terceiro. Portanto, inclui um dever de prova imposto ao próprio juiz, como corolário do direito à prova constitucionalmente assegurado às partes (Marinoni et al, 2016).

Os poderes instrutórios conferidos ao juiz no processo cumprem o escopo de garantir a realização da sua função epistêmica, na medida em que essa tarefa não pode ser desempenhada pelas partes. Mais que isso, é de se obtemperar que “se (e na medida em que) o processo for epistemicamente direcionado (tendo, pois, como fim a

descoberta da verdade), isso acontecerá apesar da atividade defensiva desenvolvida pelas partes” (Taruffo, 2016, p. 200).

A norma que se extrai do citado dispositivo implica, ademais, no dever de colaboração probatória imposto aos terceiros que, embora alheios à relação jurídico-processual, possuam conhecimento de fatos ou circunstâncias relativos à causa ou detenham consigo a posse de documento ou coisa que constitua fonte de prova (art. 380, CPC).

Não é sem qualquer propósito que o art. 403, parágrafo único, do CPC preconiza a imposição de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias ao terceiro que, sem motivo justificado, recusar-se a exhibir documento ou coisa que se encontre em seu poder. Assim, ressalvadas as hipóteses legais de exclusão, “o dever de colaboração é geral, impondo-se a qualquer terceiro, tenha ou não interesse jurídico na causa” (Marinoni e Arenhart, 2018, p. 188).

Não obstante, esse dever de prova se destina, de modo particular, às próprias partes do processo, na medida em que o direito fundamental à prova assegurado ao indivíduo pela Constituição resultaria inócuo e absolutamente desprovido de eficácia se, no processo, sede onde mais apropriadamente deveria se fazer valer, não pudesse ser invocado por uma das partes para vincular a parte adversa. Vale dizer, “o texto legal é claro em estabelecer para a parte deveres e não apenas ônus, tanto no campo da prova, como em relação ao comportamento geral desses sujeitos” (MARINONI et al, 2016, p. 263).

Como adverte RAMOS,

A configuração de um verdadeiro dever de produzir provas atribuído às partes, mediante ordem judicial, faz com que a parte obrigada a fornecer uma prova não se possa beneficiar da própria desídia, sendo-lhe retirada a “escolha lícita” sobre levar ou não a juízo uma prova que lhe é desfavorável. (2022, p. 160)

Conquanto parte da doutrina pátria insista na tese de que às partes não se aplica o dever de prova, mas tão somente o ônus, resta inequívoca, à luz de uma interpretação sistêmica do CPC, a atribuição desse dever. Bastaria citar, a esse respeito, as diversas cominações sancionatórias reservadas às partes diante do descumprimento das imposições probatórias previstas pelos arts. 80, II e IV, e 400, parágrafo único, do CPC. Em hipóteses tais, a legislação processual prevê a aplicação da litigância de má-fé, a estipulação de multa, a reparação de possíveis danos e imposição de medidas coercitivas e sub-rogatórias à parte descumpridora do dever (Marinoni et al, 2016).

Conforme destacam MARINONI et al,

[C]onclui-se que as normas presentes no Código de Processo Civil que impõem algum dever de colaboração probatória nada mais são do que o desdobramento infraconstitucional de imposições que já são, antes, abraçados pela própria Constituição Federal. Esse esclarecimento é importante, até para que não se diminua a importância desses deveres e se imagine que tais deveres estão subordinados a direitos infraconstitucionais. Isto seria clara subversão da própria interpretação do papel e da estrutura dos direitos fundamentais. (2016, p. 261-262)

Em congruência com esse dever de prova atribuído às partes, importa anunciar um correlato dever de cooperação em matéria probatória, cuja raiz se finca na disposição do art. 6º do CPC, segundo a qual, “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. A disposição consagra o modelo do processo cooperativo enquanto modalidade de processo justo (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2023).

Não se trata de auxílio unilateral do juiz para com as partes, diversamente do que entende parte da doutrina, até mesmo porque o dispositivo legal enfatiza o dever de cooperação entre todos os sujeitos do processo. A cooperação, portanto, pressupõe a incumbência de auxílios recíprocos entre juiz e partes e dessas para com aquele, haja vista que o art. 6º do CPC “consagra o princípio da cooperação, o qual impõe uma interação colaborativa que deve

envolver todos os sujeitos do processo, inclusive o juiz” (Cabral, 2021, p. 25).

A cooperação processual em tema probatório se insere no contexto geral do “dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais” (Marinoni; Arenhart; e Mitidiero (Org.), 2021, p. 155). Essa colaboração instrutória, portanto, concretiza o direito fundamental à prova de uma das partes, garantindo o desencargo do dever de prova por parte da outra.

Tal como já se afirmou em tópico anterior, dentre os pressupostos de uma decisão justa, conforme TARUFFO (2002), desponta a necessidade de um acurado acerto dos fatos com vista a maior proximidade possível entre o provimento final da lide e a verdade dos fatos empíricos. Ora, a busca de uma decisão justa, já se viu, não se coaduna com a regência conferida à instrução probatória pela regra do ônus, impondo-se, por isso, a afirmação do reconhecimento do dever de prova e do correlato dever de cooperação entre juiz e partes.

No exercício dos seus poderes instrutórios, o juiz, no intuito de concretizar o desiderato de obtenção de uma decisão de mérito justa e efetiva — propósito externado no art. 6º do CPC —, promove o auxílio probatório às partes através da determinação da produção das provas que entende relevantes para o julgamento da causa, seja por sua própria iniciativa probatória ou exigindo das partes o cumprimento do dever de portarem ao processo as provas de que dispõem com vistas à completude do material probatório e da correta reconstituição dos fatos.

A implementação dessa cooperação pelo juiz garante a imposição da observância do direito fundamental da parte à prova, visto que pode justamente implicar na adoção de medidas coercitivas, subrogatórias e sancionatórias à parte recalcitrante, tudo isso sem qualquer recorrência ao sistema do ônus da prova, cujo emprego ficaria reservado tão somente como critério de julgamento para as hipóteses em que, a despeito de todo esforço colaborativo, não resultasse possível obter um acervo de provas minimamente razoável.

A resposta que ora se apresenta e que, em suma, consiste em substituir a técnica da regra do ônus pela do dever de prova e de colaboração probatória, em nada se mostra incompatível com o perfil das demandas individuais, ao passo que também se revela ainda mais coerente e adequada para a solução do problema da prova nos litígios estruturais. Com efeito, a incompatibilidade do uso da regra do ônus da prova para esse modelo de litígio evoca a possibilidade de se buscar na afirmação do dever de prova e na implementação do dever de cooperação probatória a resposta mais pertinente e de maior adequação para o tratamento das questões de fato.

Note-se, que a completude probatória é uma exigência do tipo de demandas que caracteriza o processo coletivo e estrutural: ambos se afastam do critério de solução preconizado pela regra do ônus da prova porque essa técnica não garante a completude do acervo de provas e tampouco o aporte razoável das provas mais relevante para o julgamento da lide. E isso se dá porque se imagina que as partes oneradas promoverão os atos necessários para se desincumbir dos seus ônus, trazendo assim as provas relevantes para a causa, mas

acontece que, na realidade, as partes não cumprem seus ônus se o seu interesse maior for o contrário disso.

É de se observar, que uma das patentes características da instrução regida pelo critério do ônus é o baixo afluxo de provas aportadas ao processo, indicador que põe em relevo a impertinência dessa técnica no que concerne ao processo coletivo e estrutural. De fato, a regra da *coisa julgada secundum eventum probationis*, aplicável aos feitos coletivos para inibir os efeitos *erga omnes* e *ultra partes* da sentença nas hipóteses em que a demanda for julgada improcedente por insuficiência de provas bem ilustra a discrepante distância que separa o *standard* de preponderância de provas — de uso recorrente pela técnica do ônus da prova — do escopo de completude probatória próprio dos litígios coletivos e estruturais.

Como já se destacou, a preocupação do legislador, ao instituir a regra da *coisa julgada secundum eventum probationis*, foi a de assegurar que o julgamento desse tipo de litígio (coletivo, estrutural) se faça em um contexto de exaurimento e completude probatória, em que hajam aportado ao processo todas as provas necessárias e relevantes (Arenhart; Osna, 2019).

Consequentemente, diante da crise de material probatório e do baixo afluxo de provas relevantes, bem como ante a ausência de um *standard* de provas mais condizente com a ideia de um processo justo — contexto no qual se vê inserida a instrução sob a regência da regra do ônus —, põem-se à evidência as técnicas do dever de prova e do dever de cooperação probatória, ferramentas que, conforme demonstrado, encontram guarida no próprio arcabouço processual vigente e se apresentam adequadas e profícuas para o

equacionamento de parte dos desafios probatórios dos processos coletivo e estrutural.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legado da era de predominância da visão privatista do processo inclui a ainda hoje fortemente vigente regra do ônus da prova, técnica cuja ideação está umbilicalmente ligada à concepção de livre disposição do processo pelas partes, daí a razão pela qual esse critério instrutório sempre devotou pouca importância à participação ativa do juiz na atividade probatória, reservando às partes a gestão de seus interesses particulares no processo, inclusive no que concerne à produção da prova.

A crise desse modelo de instrução se evidencia, entre outros aspectos, no rebaixamento do *standard* probatório, caracterizado pela recorrência ao critério de preponderância da prova, consequência do baixo afluxo de provas relevantes ao processo, o que tem redundado no sacrifício de uma acurada investigação dos fatos que se acham na base das controvérsias submetidas à jurisdição.

Ocorre que, o correto acerto dos fatos no processo é um dos pilares fundamentais da noção de decisão justa, que por sua vez integra o valor do processo justo. Quer-se dizer, que a partir de uma perspectiva constitucional do processo — que não é “coisa das partes”, mas sim coisa pública, posto que a jurisdição é uma das atividades essenciais do estado — não se concebe que a prestação da jurisdição se dissocie da verdade, razão pela qual não é o bastante nem suficiente a correta escolha da norma aplicável ao caso concreto, se o fato a ela subsumível não resulta de uma

instrução probatória eficiente e voltada o mais que possível para a verdade empírica.

A teoria do ônus da prova, portanto, vem se revelando ineficiente para reger até mesmo o modelo de demandas individuais. O advento das fórmulas de inversão e de dinamização da distribuição do ônus da prova — tentativas fracassadas de evitar a parcimônia das partes no aporte de provas e na busca de provas relevantes — é mais um capítulo dramático dessa crise, na medida em que essas modernas técnicas não vêm se mostrando suficientes para conferir mais completude para o acervo probatório de um modo geral.

No que concerne aos processos coletivos e estruturais, cujos parâmetros probatórios exigem maior exaurimento e completude de provas dada a complexidade dos problemas que lhe constituem o objeto, a situação é ainda mais adversa, visto que a técnica do ônus tampouco oferece o suporte técnico-jurídico para que a instrução probatória cumpra a função de promover o correto acerto dos fatos.

A razão de ser da inviabilidade da regra do ônus está em que essa categoria, diversamente do que se dá com a noção de *dever*, não se mostra idônea para levar as partes a um maior envolvimento com a instrução probatória, ao passo que o reconhecimento de um dever de prova — correlato ao direito fundamental à prova — põe em evidência uma técnica melhor vocacionada para concretizar o escopo de completude probatória.

É bem verdade que o emprego da regra do dever de provar apenas se mostrará eficiente na consecução de uma adequada instrução probatória se a isso se agregar um perfil de juiz mais ativo na

condução do procedimento de produção de provas, seja por meio da iniciativa probatória de ofício ou por determinação de medidas coercitivas, sub-rogatórias e sancionatórias aptas a demover a relutância da parte e, assim, dar efetividade ao direito fundamental à prova da parte adversa.

Aliado ao dever de prova, põe-se em relevo o dever de cooperação em matéria probatória, cuja implementação se faz por meio de auxílio recíproco entre juiz e partes com base no princípio da cooperação (art. 6º do CPC). Ambas as técnicas encontram agasalho no arcabouço processual vigente e apresentam idoneidade técnico-jurídica e adequação para contribuir com o perfil de atividade instrutória típico dos litígios coletivos e estruturais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. — São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. — São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. **Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha**. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

DEL GIUDICE, Federico. ***Dizionario Giuridico — Enciclopedia di Base del Diritto***. Napoli (ITA): Simone, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 9ª ed. revista, atualizada e ampliada. — São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. 2ª ed. revista, atualizada, ampliada. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. — São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. Artigos 1º ao 69**. 3ª ed. revista e atualizada. — São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. — (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v. I/ Diretor Luiz Guilherme Marinoni; Coordenadores Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero).

RAMOS, Victor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil: Do Ônus ao Dever de Provar**. — 3ª ed. rev. e atual. — São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: Ensaios**; trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. ***Sui confini: Scritti sulla giustizia civile***. Bologna: Il Mulino, 2002.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**; trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. **Introdução ao Processo Civil e à Resolução de Conflitos**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural — Teoria e Prática**. — 3ª ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

¹ Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP-DF, Mestrado em Sistemas Jurídicos Contemporâneos pela *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*, Pós-Graduação em Filosofia Antiga pela PUC Rio, Especialização em Coletivização, Precedentes, Coerência e Integridade do Direito pela ENFAM, Especialização em Direito Civil e processo Civil pela FGV, Especialização em Processo Civil Individual e Coletivo pela ESM/PA, Docente/Formador/Tutor e Conteudista da EJPA. E-mail: [acesse o artigo original para visualizar o e-mail](#). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3975283046666171>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-3005-2090>.

² Artigo apresentado como trabalho de conclusão da Especialização em Coletivização, Precedentes, Coerência e Integridade do Direito promovida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ENFAM em 17/11/2023.

³ Os episódios que marcaram tragédias como Marina e Brumadinho são exemplos dessas hipóteses.

⁴ É uma situação jurídica subjetiva passiva que implica no sacrifício de um interesse com o fim de se obter ou conservar uma vantagem jurídica. (traduzi livremente).

⁵ A lei condiciona, portanto, a satisfação de um interesse do indivíduo a um seu comportamento que, todavia, não constitui uma obrigação. (traduzi livremente).

⁶ Grifo no original.